

Expediente Núm. 3/2018
Dictamen Núm. 21/2018

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 1 de febrero de 2018, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 15 de enero de 2018 -registrada de entrada el día 17 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la revisión de oficio “del contrato verbal de la Campaña `San Mateo Libre de Agresiones Machistas´”.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 16 de noviembre de 2017, la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Oviedo acuerda “iniciar el procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal del que se deriva la factura” que se indica, “que, tras el dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias previo a la declaración de nulidad, habrá de ser objeto de liquidación posterior”.

Destacan, entre otros antecedentes, los siguientes: a) Informe de la Oficina Presupuestaria, de 3 de noviembre de 2017, en el que se indica que existe una factura, emitida por una comunidad de bienes por importe de 8.851,63 €, correspondiente a "material impreso para la campaña de las fiestas de San Mateo Libre de Agresiones Machistas (17.000 pañuelos y 1.500 vasos personalizados)", y se pone de manifiesto que "no está amparada por un contrato", precisando que, según expone la Jefa de la Sección de Distritos y Participación Sectorial, se preveía "tramitar a continuación la aprobación de un contrato menor". Subraya que, sin embargo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54.1 del TRLCSP, "la capacidad de obrar a efectos de contratar con la Administración se reconoce a las personas físicas y a las personas jurídicas, pero no a las comunidades de bienes en su condición de entidades sin personalidad jurídica". Por ello, propone "que por la Junta de Gobierno se inicie el procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal del que se deriva la factura incluida en el presente expediente". b) Informe de la Intervención Municipal, de 9 de noviembre de 2017, sobre la improcedencia de "acudir directamente a la vía del reconocimiento extrajudicial de créditos, puesto que en la tramitación seguida se aprecia la posible concurrencia de un supuesto de nulidad radical conforme al apartado b) del artículo 32 (del) TRLCSP que determinaría, en aplicación del artículo 35 del TRLCSP, la nulidad del contrato./ Por tanto, tal y como señala la Oficina Presupuestaria (...), y conforme a lo previsto en el artículo 106 de la Ley 39/2015, procedería que por la Junta de Gobierno se inicie el procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal". Finalmente, recuerda al órgano administrativo la necesidad de que "se adopten medidas para evitar que vuelvan a producirse estas prácticas por las consecuencias que tiene la infracción de la Ley", citando al efecto el informe de fiscalización del ejercicio 2013 de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias.

2. Mediante oficio de 20 de noviembre de 2017, la Secretaria Suplente de la Junta de Gobierno Local traslada a la interesada el acuerdo adoptado por dicho

órgano el 16 de noviembre de 2017 sobre el inicio del procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal, y le comunica la apertura del trámite de audiencia por un periodo de 10 días.

3. El día 27 de diciembre de 2017, una Letrada Consistorial que actúa “en sustitución del titular de la Asesoría Jurídica” muestra su conformidad con lo informado por la Intervención General el 9 de noviembre de 2017, en el sentido de apreciar “la concurrencia de un supuesto de nulidad radical conforme al apartado b) del artículo 32 del TRLCSP que determinaría, en aplicación el art. 35 del TRLCSP, la nulidad del contrato”. Por ello, sostiene que “debe continuarse el procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal (...) pasando a dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias previo a la declaración de nulidad, siendo objeto de liquidación posterior una vez firme”.

4. Mediante oficio de 27 de diciembre de 2017, el Jefe de la Sección de Registro y Estadística del Ayuntamiento de Oviedo deja constancia de que durante el plazo de audiencia conferido “no aparece presentada alegación alguna al respecto”.

5. Con fecha 5 de enero de 2018, la Junta de Gobierno Local acuerda “continuar el procedimiento de revisión de oficio del contrato verbal (...), pasando a dictamen del Consejo Consultivo del Principado de Asturias previo a la declaración de nulidad, siendo objeto de liquidación posterior una vez firme”, lo que se notifica a la interesada el día 12 del mismo mes.

6. En este estado de tramitación, mediante escrito de 15 de enero de 2018, esa Alcaldía solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de revisión de oficio de la contratación verbal con de la campaña “San Mateo Libre de Agresiones Machistas”, adjuntando a tal fin copia del expediente en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra l), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra l), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud de la Alcaldía del Ayuntamiento de Oviedo, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el capítulo I del título V de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), el Ayuntamiento de Oviedo se halla debidamente legitimado en cuanto autor de las actuaciones cuya declaración de nulidad es objeto de este procedimiento de revisión de oficio.

TERCERA.- En cuanto al plazo para proceder a la revisión de oficio, el artículo 106.1 de la LPAC dispone que las "Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado (...), declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1".

No obstante, el artículo 110 de la referida LPAC establece que la revisión de oficio no podrá ser ejercitada "cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes". En el caso

que examinamos entendemos que no concurre en el procedimiento ninguno de los límites señalados.

CUARTA.- En relación con la tramitación del procedimiento administrativo de revisión de oficio, debe recordarse que esta se configura como un instrumento de garantía de la legalidad y de los derechos de los ciudadanos, lo que exige un estricto cumplimiento de los preceptos legales reguladores del mismo. Por ello, hemos de analizar en primer lugar si se cumplen o no sus trámites fundamentales.

En el presente caso se han observado los trámites esenciales del procedimiento, puesto que se ha dado audiencia y vista del expediente a la comunidad de bienes interesada, se ha adoptado un acuerdo de iniciación y se ha elaborado una propuesta de resolución que responde a la obligación legal de motivación, impuesta específicamente para este tipo de procedimientos en el artículo 35.1.b) de la LPAC.

Sin embargo, advertimos que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar a la interesada, en los términos de lo dispuesto en el artículo 21.4 de la LPAC, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución y notificación del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

Sobre la competencia del órgano administrativo para acordar la revisión de oficio, la LPAC no realiza una atribución concreta, limitándose a hacer una referencia al "órgano competente". Por ello, y tratándose de una Administración local, hemos de acudir al régimen establecido en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LRBRL), modificada por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local. El artículo 127 de la LRBRL, aplicable a los municipios de gran población, atribuye a la Junta de Gobierno Local las "facultades de revisión de oficio de sus propios actos" -apartado 1.k)-. En idéntico sentido, el artículo 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre,

otorga la competencia al órgano municipal respectivo en relación con sus propios actos, estableciendo que, sin perjuicio de las previsiones específicas contenidas en los artículos 65, 67 y 110 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, “los órganos de las entidades locales podrán revisar sus actos, resoluciones y acuerdos, en los términos y con el alcance que se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común”. A su vez, el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP), aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, determina en su disposición adicional segunda -“Normas específicas de contratación en las Entidades Locales”-, apartado 3, que en “los municipios de gran población a que se refiere el artículo 121 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, las competencias que se describen en los apartados anteriores (sobre contratación) se ejercerán por la Junta de Gobierno Local, cualquiera que sea el importe del contrato o la duración del mismo”.

Dado que se pretende la nulidad de actos de contratación verbal, hemos de entender, tal y como ya indicamos en el Dictamen Núm. 199/2013, que el órgano competente para la aprobación de un acto ha de serlo igualmente para acordar la revisión de oficio del adoptado desconociendo tal competencia. En consecuencia, es claro que la revisión de oficio corresponde al órgano de contratación; en este caso, la Junta de Gobierno Local.

Finalmente, con arreglo a lo establecido en el artículo 106.5 de la LPAC, los procedimientos de revisión de disposiciones o actos nulos deberán resolverse en el plazo de seis meses desde su inicio, transcurridos los cuales sin dictarse resolución, si el procedimiento se hubiera iniciado de oficio, se producirá su caducidad. Incoado el que analizamos mediante Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 16 de noviembre de 2017, es evidente que dicho plazo no ha transcurrido aún.

QUINTA.- Entrando en el fondo del asunto, para la correcta valoración del supuesto que analizamos debemos partir de una consideración de tipo general, y es que la revisión de oficio, regulada en el capítulo I del título V de la LPAC,

constituye un procedimiento excepcional, puesto que este instrumento sitúa a la Administración en una posición de privilegio, al poder por sí misma, sin intervención judicial y en cualquier momento, revisar disposiciones y actos suyos viciados de nulidad.

En este caso, se somete a dictamen un procedimiento de revisión de oficio de la contratación verbal de la campaña "San Mateo Libre de Agresiones Machistas", que consistió en el suministro y serigrafiado de 17.000 pañuelos y 1.500 vasos para repartir a lo largo de las fiestas, por importe de 8.851,63 € y adjudicado a una comunidad de bienes.

La revisión de oficio tiene su origen en un reparo de la Intervención General, que en el mismo sentido ya informado por la Oficina Presupuestaria concluye que no es posible en este caso entender, pese a su cuantía, que se trate de un contrato menor, pues, dado que las comunidades de bienes carecen de personalidad jurídica, no pueden contratar con la Administración. Concluye, por ello, que "en la tramitación seguida se aprecia la posible concurrencia de un supuesto de nulidad radical conforme al apartado b) del artículo 32 (del) TRLCSP", lo que conlleva la nulidad del contrato verbal.

En efecto, como ya hemos señalado en anteriores dictámenes dirigidos a esa misma autoridad consultante, tras la entrada en vigor del artículo 35 del TRLCSP la previa declaración de nulidad constituye la vía específica y adecuada para compensar al contratista que actúa de buena fe; norma legal que, según expone el Consejo de Estado en su Dictamen 1724/2011, puso fin a la controversia jurisprudencial y doctrinal sobre el posible origen, contractual o extracontractual, de las obligaciones que habría de asumir la Administración en estos casos para evitar el resultado antijurídico de la apropiación de unos servicios sin compensar al contratista.

En el asunto ahora examinado, la Junta de Gobierno Local aprecia un supuesto de nulidad radical conforme al apartado b) del artículo 32 del TRLCSP.

Al respecto, resultando de aplicación, *ratione temporis*, el TRLCSP, su artículo 32 -"Causas de nulidad de derecho administrativo"- dispone que "Son causas de nulidad de derecho administrativo las siguientes: (...) b) La falta de

capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 60”.

Pues bien, el artículo 54.1 del TRLCSP determina que “Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar”, y resulta incontrovertido que las comunidades de bienes, reguladas en los artículos 392 a 406 del Código Civil, no tienen atribuida personalidad jurídica, manteniendo los partícipes su personalidad jurídica propia. En consecuencia, las comunidades de bienes, al carecer de personalidad jurídica, no pueden contratar con la Administración pública, y así lo viene declarando la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado de modo reiterado (Informes 29/97, 56/97, 32/98, 4/99 y 12/03).

En definitiva, este Consejo estima que, por las razones expuestas, concurre el supuesto de nulidad radical establecido en el apartado b) del artículo 32 del TRLCSP.

Finalmente, en cuanto a los efectos de la declaración de nulidad, como ya hemos adelantado, ha de estarse a lo dispuesto en el artículo 35.1 del TRLCSP; regulación que constituye en la actualidad el cauce legal específico para garantizar los derechos de quien hubiera prestado servicios a la Administración en unas condiciones como las examinadas.

El artículo citado prescribe que la “declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato, que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido”.

Ello sin perjuicio de recordar, como hace la Intervención General en su informe, la eventual responsabilidad en la que pueden incurrir autoridades y funcionarios.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede revisar de oficio y declarar la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos de adjudicación a la comunidad de bienes del contrato verbal de la Campaña “San Mateo Libre de Agresiones Machistas”, y, en consecuencia, la nulidad, insubsanable y no convalidable, del mismo.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. ALCALDE DEL AYUNTAMIENTO DE OVIEDO.